

El equilibrio económico de los contratos estatales regidos por la ley 80, según la teoría de la imprevisión, una aplicación en el contexto de la pandemia ⁱ

Yulenny Renteria Asprilla ⁱⁱ

Resumen

El presente artículo está encaminado a realizar un estudio sobre la contratación estatal referente al equilibrio económico y financiero de los contratos estatales en Colombia a la luz de la teoría de la imprevisión, recolectando y organizando información con la que se realiza un análisis y reflexión sobre los contratos que se rigen por la Ley 80, los cuales por causas no previsibles, durante la ejecución del contrato, se genera una ruptura en la ecuación contractual, poniendo al contratista y o las partes en una situación distinta a la contemplada inicialmente; de igual manera se realiza un estudio en relación a los contratos afectados por la pandemia, en cuanto a si da lugar a equilibrar el contrato en los eventos en que se produjo un sobrecosto extraordinario por causa de esta.

Se pretende identificar los escenarios en los cuales es procedente la aplicación de la teoría de la imprevisión, por lo que el contrato se tornó excesivamente oneroso, y en los que la entidad estatal pueda realizar el equilibrio económico y financiero en sede administrativa, evitando así acudir a instancia judicial, lo cual podría conducir a generar un sobrecosto tanto para la administración Pública como para el contratista.

Es de gran utilidad para la comunidad jurídica el análisis que se realiza con este artículo de investigación, dado que facilita la toma de decisiones relacionadas con el tema que se estudia.

Palabras clave

Equilibrio económico, teoría de la imprevisión, contratos, administración pública, pandemia.

Introducción

Este artículo de investigación es de índole teórica, toda vez que se analiza un problema jurídico a partir de información existente sobre la materia, recopilada de aportes hechos por la doctrina, jurisprudencia y normas jurídicas, se abordará la información contenida en documentos en cualquier de sus presentaciones, para llegar a un conocimiento jurídico que impacte en el mundo del derecho y permita tener mayores herramientas para la toma de decisiones tanto en sede administrativa como judicial, sobre los asuntos relacionados con el objeto de estudio. (Córdoba, 2018, p. 40).

Es por lo anterior que se plantea como pregunta de investigación la siguiente: ¿Cómo se justifica aplicar la teoría de la imprevisión para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato estatal, en sede administrativa?

Por consecuencia no solo se dará solución al problema jurídico de fondo planteado en el objetivo general, el cual consiste en analizar la normativa contractual estatal en Colombia y la doctrina relevante, a fin de determinar, interpretativamente, los escenarios en que procedería la aplicación de la teoría de la imprevisión como causa del restablecimiento del equilibrio económico o financiero del contrato estatal, en sede administrativa, sino que cada

objetivos específicos serán una parte importante del producto final. Por lo tanto se relacionan los objetivos específicos de la presente investigación dentro de los cuales se tienen, como primero describir los principales fundamentos normativos y el estado del arte del equilibrio económico o financiero en relación a la teoría de la imprevisión, en segundo lugar se pretende determinar la forma de reconocimiento del equilibrio contractual a las partes contratantes en sede administrativa, y por último reflexionar sobre la posibilidad de aplicación de la teoría de la imprevisión al restablecimiento del equilibrio económico, en los contratos estatales afectados por la pandemia generada por el Covid-19, esto con el fin de dilucidar las dificultades económicas y jurídicas que se pueden generar para el contratista en el momento de la ejecución del contrato, toda vez, que al tiempo de la presentación de su propuesta económica no se encontraban contemplados o previstas algunas situaciones que ponen al contratista en una posición distinta a la contemplada inicialmente.

Así las cosas, es necesario investigar, si una pandemia como la que estamos viviendo, puede dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión y en consecuencia si todas las entidades públicas del Estado tendrán que reconocer a los contratistas los mayores costos que se hayan generado en el contrato a raíz de dicha situación.

Fundamentos normativos del equilibrio económico y financiero en relación a la teoría de la imprevisión

Es importante enunciar lo estipulado en la ley 80 de 1993, en el sentido de que las estipulaciones de los contratos estatales se basan tanto en las normas del código civil, del código de comercio y de la mencionada ley, en el que para su perfeccionamiento es indispensable como requisito de existencia del contrato que este coste por escrito, de igual manera el consejo de estado en sentencia Sentencia, Exp. 24168, 2013, reitera que para la

existencia de un contrato estatal y que este nazca a la vida jurídica debe constar por documento escrito, esto quiere decir que no hay cabida en la contratación estatal para que se realicen contratos de forma verbal.

Así entonces el artículo 864 del código de comercio define el contrato como “un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

De acuerdo con Rodríguez, 2015, p. 600. *“el contenido de los contratos estatales está dado por las cláusulas o estipulaciones que deben o pueden incluirse en el escrito respectivo, algunas de las cuales son comunes con los contratos entre particulares, mientras que otras son especiales para los contratos de las entidades públicas”*.

El código civil en su artículo 1602 establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Es así que las partes deben mantener la equivalencia e igualdad contractual, sin desconocer lo estipulado en el negocio jurídico, y que al presentarse una ruptura, tomaran las debidas acciones para volver el contrato a su estado de ejecución normal.

De conformidad con el artículo 27 de la ley 80 de 1993, los contratos estatales deberán mantener la equivalencia entre derechos y obligaciones, en procura de mantener la igualdad contractual, por lo que *“si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”*. ahora bien, el estatuto general de la contratación pública no define suficientemente lo que se ha de entender por equilibrio económico del contrato, pero este si establece la idea fundamental, es por esto que la jurisprudencia del

Consejo de Estado ha complementado que se entiende por el mismo el mantenimiento de las condiciones pactadas por los contratantes y/o la presentada por el proponente seleccionado, en la oferta; así las cosas, dichas condiciones se deben mantener durante la ejecución del contrato estatal. (Consejo de Estado, Sentencia, Exp.15476, 2011).

De conformidad con el alto tribunal contencioso en Sentencia, Exp. 32437, 2016. La teoría de la imprevisión tuvo sus orígenes en el derecho privado “*basado en el principio del pacta sunt servanda, es decir, de la obligatoriedad de las estipulaciones originales del contrato*”.

Conforme con la ley 80, artículo 4, en los eventos en que se presenten situaciones que alteren el normal desarrollo económico del contrato se deben realizar las correspondientes solicitudes tendientes a la actualización y reajuste de los precios, igualmente el artículo 5 *ibídem*, aclara que previa solicitud, la entidad estatal debe llevar a cabo el restablecimiento de la ecuación económica o financiera del contrato estatal a favor de quien haya resultado afectado gravosamente por hechos o situaciones imprevistas no imputable a ninguna de las partes; es decir, para que haya lugar a equilibrar el contrato se deben presentar las reclamaciones, lo cual permite que se haga la revisión del contrato y se llegare a realizar el equilibrio económico del mismo.

Como lo menciona el artículo 5 numeral primero de la ley 80, las partes tiene derecho en que se mantengas las condiciones de remuneración pactadas para la ejecución del contrato estatal, esto es, que mantenga la igualdad económica, que el valor establecido en la etapa de planeación del contrato y que por situaciones posteriores se haya visto vulnerado se restablezca, dado que esas condiciones en dicha etapa precontractual no fueron previstas que llegaren a suceder durante la ejecución del negocio jurídico.

Los contratos estatales son un medio para materializar los fines del Estado que determinó el constituyente primario en la constitución política y que han sido desarrollados por el legislador. A través de los contratos es como las entidades públicas se proveen de bienes y servicios. No obstante, algunos contratos como los que se rigen por la Ley 80 de 1993 deben tener un equilibrio económico, manteniendo así una equivalencia y sostenibilidad entre las obligaciones económicas y financieras adquiridas tanto por la entidad como por los contratistas, es por esto que cuando dicho equilibrio se rompe por causas extrañas, no imputables a ninguna de las partes, se puede dar aplicación a la teoría de la imprevisión y deberá reconocer la entidad el mayor valor del contrato.

El Consejo de Estado (Sentencia, Exp. 38175. 2017) ha señalado que para que se de aplicación a la teoría de la imprevisión en la alteración de la economía del contrato esta debe ser extraordinaria y anormal, esto basado en que los riesgos que se presentan excedan lo que las partes inicialmente pudieran haber previsto, por lo que el contratante debe demostrar y probar que tuvo un menoscabo “*que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera*”.

La jurisprudencia ha decantado que la teoría de la imprevisión tiene los siguientes elementos estructurales:

“a) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea; b) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato en el caso concreto; c) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente

onerosa; y d) Que el acontecimiento resulte ser ajeno a las partes.” (Consejo de Estado, Sentencia, Exp. 15476, 2011).

Así entonces, el consejo de estado en sentencia posterior, manifiesta que ese hecho o circunstancia que se presenta en la teoría de la imprevisión no puede ser imputable a alguna de las partes contratantes, esto dado que no se configura la figura en estudio, cuando las partes desde su voluntad decidieron realizar eventos en los que se vería posteriormente afectada la ecuación del contrato, no pudiendo cumplir con lo pactado. (Consejo de Estado, sentencia, Exp. 41376, 2020).

Por consiguiente el Consejo de Estado, en sentencia, Exp. 48676, 2020, expresa que no todos los reconocimientos para reestablecer la ecuación contractual, que se realizan causados por la actividad contractual del Estado, se presentan una responsabilidad patrimonial del Estado, tal como sucede con el incumplimiento contractual de una entidad pública el cual constituye una expresión de la responsabilidad patrimonial; a diferencia de lo que ocurre con la teoría de la imprevisión, en la cual no se presenta una responsabilidad patrimonial del Estado ya que se da por causas externas no imputable a las partes.

El alto tribunal (Sentencia, Exp. 54614, 2017), manifiesta que la aplicación de teoría de la imprevisión se funda en el interés general, es decir la administración pública debe velar porque no se de una desigualdad en el contrato, por lo que al presentarse esta, posteriormente se debe proceder a restablecer el equilibrio económico del contrato.

De acuerdo con Palencia, Reyes y, Sayago (2019), la jurisprudencia del Consejo de Estado brinda garantía al principio del equilibrio económico de los contratos estatales pero *“su proyección se ha limitado con el propósito de no afectar la actividad administrativa. De*

tal modo, es dable indicar que el principio de equilibrio económico no es absoluto, lo que conlleva el cumplimiento de ciertos requisitos para su aplicación.”

Aunado a lo anterior, estos autores manifiestan que: *cuando surja la liquidación bilateral, el contratista tiene la obligación de presentar de manera escrita, con el fin de dejar constancia, de los desacuerdos económicos que considere, con el objeto de tener habilitado la vía judicial. En ese sentido, se determina que esta actuación se erige como un requisito de procedibilidad.* Es importante reflexionar al respecto, en el sentido de que si bien, el contratista en la liquidación del contrato puede presentar salvedades, esto se realiza con el fin de dejar abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial. Por otro lado lo que en fin se busca cuando se presentan reclamaciones o solicitudes para restablecer el equilibrio económico del contrato, es proteger y garantizar que la ejecución del contrato no conlleve a una pérdida excesivamente onerosa a los contratantes. Es importante que para evitar acudir a la instancia judicial, las partes presenten sus solicitudes de restablecimiento del equilibrio, antes de la terminación del contrato, es decir, durante su ejecución, en el cual se estudiará la posibilidad equilibrar la ecuación contractual.

Por otra parte, Sanabria, V.L. (2017), manifiesta que se debe hacer una diferenciación entre regla y principio en cuanto a la aplicación del desequilibrio económico, anotando que este debe ser considerado como regla no como un principio de la contratación, dado que las partes tienen derecho a que se mantenga una sostenibilidad en la economía del contrato, el cual se basa en el principio de la igualdad, manifiesta que tal como este se encuentra estipulado el equilibrio económico perjudica la celebración idónea del contrato estatal.

Lo anterior, fundamentado por el autor, en el sentido de que cuando se trata de reglas los contenidos normativos apartan la discusión sobre estos, por el contrario, cuando se trata

de principios es posible debatir al respecto, seguidamente manifiesta que el equilibrio económico del contrato está basado en la igualdad contractual, en la relación entre derechos y deberes que tienen las partes ya que el equilibrio económico del contrato no se puede considerar “*como criterio para justificar la ruptura de la ecuación contractual y condenar a la indemnización o compensación.*”.

Cabe de igual manera, resaltar lo manifestado por el consejo de estado, en el sentido de que existen tres formas en que se puede ver afectado el equilibrio económico del contrato, los cuales son: “*1) actos o hechos de la administración como contratante, 2) actos de la administración como Estado o teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.*” (Sentencia, Exp. 20683, 2011).

En cuanto al primero actos o hechos de la administración como contratante la el Consejo de Estado expresa que hace alusión “*por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar*” (Sentencia, Exp. 20683, 2011).

Frente al hecho del príncipe vale la pena decir que se presenta como una causal de desequilibrio del contrato como lo menciona el consejo de estado al presentarse los siguientes elementos: “*La expedición de un acto general y abstracto. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.*” Sentencia, Exp. 15400, 2010).

Siguiendo con el tema de estudio, existen riesgos que se consideran como imprevistos y que se tienen en cuenta durante la planeación del contrato estatal dado que se pueden llegar a presentar durante la ejecución de este, los cuales hacen parte del normal desarrollo del contrato, de igual forma existen riesgos que no son previsibles y se configuran como riesgos anormales, los cuales se tornan excesivamente grave en el que se termina afectando de manera extraordinaria la ecuación contractual, llevando a una de las parte a reconocer dicho desequilibrio del contrato y proceder a su restablecimiento. (Consejo de Estado, Sentencia, Exp. 57576, 2018).

De conformidad con lo anterior el alto tribunal de igual manera manifiesta mediante Sentencia Exp. 17660,2014, que las partes pueden pactar como lo establece el artículo 4 de la ley 80 cláusula de reajuste, lo que significa que cuando haya una variación normal en los precios del contrato se pueda realizar el reajuste, lo que significa que al presentarse una alteración grave en los precios, la cláusula pactada se vuelve imposible de aplicar, por cual se presenta una ruptura a la economía del contrato.

El reconocimiento del equilibrio económico a las partes contratantes en sede administrativa

El reconocimiento del equilibrio económico del contrato es rogado, esto quiere decir que no se puede realizar de oficio por parte de la administración pública, tanto la entidad contratante como el contratista, deben presentar la solicitud de restablecimiento en el menor tiempo posible al presentarse la ruptura de la ecuación contractual, para que se realice la revisión o corrección del equilibrio del contrato por situaciones sobrevinientes que se llegaren a presentar durante su ejecución.

Como lo expresa el consejo de estado, si posterior al hecho imprevisto se suscriben modificaciones al contrato con el fin de remediar el hecho sobreviniente, sin antes presentar las reclamaciones correspondientes, las partes pudieren llegar a perder la oportunidad de que se le restablezca el equilibrio económico del contrato afectado, y por lo cual no podrán solicitar indemnización de los perjuicios o compensación, dado que se tuvo la oportunidad en estas modificaciones de realizar las reclamaciones, y por el contrario se estuvo de acuerdo con lo acordado en ellas. (Consejo de Estado, Sentencia, Exp. 54614, 2017).

No obstante, el Consejo de Estado en Sentencia, Exp. 21990, 2012, manifiesta que toda variación de las expectativas que tuviese el contratista durante la ejecución del contrato no desencadena en una ruptura del equilibrio económico, esto dado que, durante el desarrollo de este, como se expresó anteriormente existen riesgos que son propios de la actividad contractual y los cuales deben ser asumidos por el contratista. Es importante recordar los eventos en los que de acuerdo con la sentencia citada se puede llegar a presentar un desequilibrio económico del contrato: *“por actos o hechos de la entidad administrativa contratante, por actos generales de la administración como Estado o teoría del hecho del príncipe, y por la teoría de la imprevisión.*

De igual manera para que proceda el equilibrio de la ecuación contractual, es importante que la afectación en la economía de una de las partes sea grave, que excedan lo que las partes inicialmente pudieran haber previsto, por lo que la parte afectada debe demostrar que tuvo dicho menoscabo en la economía del contrato, es decir que existen imprevistos que no son dable de restablecimiento ya que las partes deben asumir estos durante la ejecución del contrato. Por lo que la administración puede proceder a realizar el reajuste del contrato. (Consejo de Estado, Sentencia, Exp.15476, 2011).

El Consejo de Estado, en sentencia, Exp. 48676, 2020, reitera que no todos los reconocimientos de restablecimiento de la ecuación contractual, que se realizan causados por la actividad contractual del Estado, se presentan por la responsabilidad patrimonial del Estado, tal como sucede con el incumplimiento contractual de una entidad pública el cual constituye una expresión de la responsabilidad patrimonial; a diferencia de lo que ocurre con la teoría de la imprevisión, en la cual no se presenta una responsabilidad patrimonial del Estado ya que se da por causas externas no imputable a las partes.

Si bien es cierto que es un deber del contratista presentar a la entidad estatal las inconformidades y reclamaciones en el momento en que evidencie una afectación significativa a la economía del contrato, que le hace más gravosa su ejecución, también es cierto, que es un deber de la entidad mantener el equilibrio económico del contrato mediante reajustes al mismo, y evitar así futuras controversias contractuales que finalmente salen más onerosas para la entidad, y que incluso, podrían catalogarse como un detrimento patrimonial, pues los costos que se reconocen en sede administrativa pueden ser inferiores y negociables con el contratista, lo cual contribuye al debido uso de los recursos públicos; es decir, en palabras más claras, si la entidad reconoce el mayor valor del contrato en sede administrativa dando aplicación a la teoría de la imprevisión, se podría evitar un litigio en sede judicial que finalmente le sale más oneroso.

Acorde con lo anterior, cabe reflexionar sobre la posibilidad de que las entidades públicas, puedan restablecer en sede administrativa el equilibrio económico y financiero de los contratos para evitar futuros litigios.

De igual manera es importante mencionar, que tanto el contratista como la entidad contratantes pueden ver alterado su economía de forma exageradamente excesiva, es decir que el equilibrio económico del contrato, aplica para cualquiera de las partes del contrato.

Es menester entonces señalar lo expresado por el consejo de estado (sentencia, Exp. 22952, 2003) en el cual el contratista al ver que la ruptura de la ecuación del contrato lo ha perjudicado gravemente, a un punto tal de pérdida extraordinaria, tiene el derecho a que se le indemnice por las pérdidas ocasionadas, no imputable a ninguna de las partes de la relación contractual.

Por consiguiente para que se dé el restablecimiento económico de los contratos estatales se debe tener en cuenta que entre las partes contratantes existe una relación de dar y recibir, es decir como lo manifiesta el Alto tribunal contencioso en sentencia, Exp. 14291, 2005, para *“el Estado, desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó fundamentalmente la satisfacción del interés público; para el particular, obtener un lucro personal.”* De acuerdo con lo anterior debe existir un balance para el cumplimiento del objeto contractual, que no se dé un menoscabo grave en la economía del negocio jurídico, esto con el fin de que los contratantes logren ejecutar este en igualdad de condiciones, sin que se vea afectada la economía hasta finalizar el cumplimiento de lo pactado al inicio de la relación jurídica.

De igual manera se debe aclarar que hay situaciones que son propias de la ejecución contractual y que pueden resultar durante el término pactado por los contratantes, que si bien no eran previsibles hacen parte del normal desarrollo de este, pero que no se configura como una ruptura del equilibrio del contrato estatal. (Consejo de Estado, Sentencia, Exp, 14578, 2004).

Así entonces, las partes deben mantener las condiciones pactadas, con el fin de dar cumplimiento al principio del equilibrio económico del contrato, en el que cuando este se ve vulnerado, la parte afectada de manera grave y extraordinaria tiene el derecho a que se le establezca el equilibrio económico del contrato, esto basado en la existencia entre derechos y obligaciones pactados en la celebración del negocio jurídico, con base el principio de igualdad contractual. (Consejo de Estado, Sentencia, Exp, 15119, 2003).

Si la entidad reconoce el mayor valor del contrato en sede administrativa dando aplicación a la teoría de la imprevisión, se podría evitar un litigio en sede judicial que finalmente le sale más oneroso, terminando en un mayor costo para las partes contratantes.

De otro lado, para que sea procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando se haya presentado una ruptura en la ecuación contractual, debe presentar de forma oportuna debe presentar las reclamaciones oportunamente, dado que como se mencionó anteriormente si se suscriben modificaciones al contrato como adiciones, suspensiones y otros ítems sin hacer estas reclamaciones se perdería la oportunidad de que le sea equilibrado el contrato, ya que se entienden como aceptadas, lo que al llegar a la etapa de liquidación del contrato estatal, si se pretender realizar dichas salvedades aduciendo un desequilibrio, perderían la oportunidad de que le sea reconocido al haberse realizado de forma tardía. (Consejo de estado, sentencia, Exp. 43445, 2015).

Si bien el artículo 5 de la ley 80 de 1993 establece que la administración debe velar por que se restablezca el equilibrio económico del contrato, y que este llegue a un estado de no perdida, se debe tener en cuenta que no cualquier perdida o sobrecosto en el contrato desencadena en desequilibrio económico del contrato, es decir, que dicha perdida debe ser extraordinariamente grave, que lleven al contrato a ejecutarse de manera difícil, tal como lo

manifiesta el Consejo de Estado en sentencia, Exp. 36865, 2017, *“la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias.”* Así entonces el contratista, tiene la posibilidad de presentar propuestas económicas en la etapa pre contractual que incluyan los derivados del contrato, dentro de los que se tienen en cuenta imprevistos que normalmente se pueden presentar durante la ejecución del contrato, los cuales no caben dentro del concepto de desequilibrio económico del contrato, dado que se presenta como una situación normal del negocio jurídico.

Aunado a lo anterior el artículo 25 numeral 14 de la ley 80, establece que *“Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.”*

las partes pueden pactar la forma de restablecerse el equilibrio económico del contrato en caso de que se presente una ruptura en la ecuación de este, sin embargo de acuerdo con el alto tribunal existen *“circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o*

salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes”, esto es, deben realizar las solicitudes dentro de un plazo razonable, dado que si se estuvo de acuerdo con dichas modificación al contrato y no se realizaron las salvedades y estas se pretenden realizar en la etapa de liquidación, la parte afectada pierde la oportunidad de que posteriormente se le restablezca el equilibrio económico del contrato que sufrió un ruptura antes de la suscripciones de estas. (Consejo de estado, sentencia, Exp. 38509, 2015).

Es por esto que el tiempo de realizar las solicitud de restablecimiento es demasiado importante, dado que en la etapa de liquidación del contrato estatal, se presentan salvedades a esta pero cuando se han suscrito modificaciones, se pierde la oportunidad posteriormente de acudir a la jurisdicción contenciosa, sin embargo es importante señalar a modo enunciativo que la liquidación del contrato estatal, se puede realizar de manera bilateral, unilateral o judicial.

Se hace alusión a la liquidación del contrato estatal, dado que en esta fase también se realizan solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, esto con el fin de dejar abierta la posibilidad de acudir a instancia judicial en caso de que en sede administrativa no se le reconozca el desequilibrio de la ecuación contractual que se presentó durante la ejecución y desarrollo del contrato, solicitudes o salvedades que no se presentan como requisito de procedibilidad, sin embargo se reitera que las solicitudes deben presentarse de manera oportuna, es por esto que en etapa se deben realizar como lo menciona la ley 80 de 1993 en su artículo 60, los ajustes, revisiones y reconocimientos, que las partes estimen pertinente que haya que hacerse. Seguidamente la mencionada ley expresa que *“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía*

del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.” Sin embargo esta ley hace una excepción en cuanto a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, en los cuales no se aplica lo mencionado en este artículo, excluyendo estos tipos de contratos a la liquidación y por ende a que se realicen ajustes, revisiones y reconocimientos en dicha etapa, lo cual implica las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico de estos se deben presentar durante la ejecución del contrato.

De igual forma el consejo de estado en sentencia, Exp. 38568, 2019, expresa que si el contratista que haya resultado afectado con la ruptura de la ecuación contractual no presenta las salvedades o las reclamaciones correspondientes en la liquidación, las cuales para el no fueron resueltos o solucionados durante la ejecución, este posteriormente pierde automáticamente la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa para que le sea reconocido dicho equilibrio, el contratista en esta fase debe presentar todos los reparos y exponer sus desacuerdos, salvo que en esta acta de liquidación se haya adelantado con vicio de la voluntad o consentimiento del contratista, ya sea por error, fuerza o dolo, igualmente el alto tribunal en esta providencia manifiesta que las inconformidades que se deben presentar al acta de liquidación debe cumplir con los siguientes requisitos:

“i) Es preciso que se identifiquen de manera adecuada y clara los problemas o circunstancia que le sirven de fundamento fáctico a la reclamación. iii) La inconformidad debe ser señalada de manera expresa, clara, concreta y específica. iii) Es preciso que se

incluya al menos una breve consideración sobre las razones que dan soporte a la reclamación”.

Por lo anterior, no es procedente cualquier reclamación o salvedades que se le hagan a las actas de liquidación, salvedades mismas que pueden versar sobre el restablecimiento de la ecuación contractual, es por esto que se debe dejar claro en la liquidación bilateral las no conformidades de forma tal que no haya duda frente a la reclamación, que estas se expresen de manera específica y detallada.

De acuerdo con lo antes mencionado, cuando las partes no logran llegar a un acuerdo frente a las salvedades realizadas por el contrista, en la que no se estuvo de acuerdo con lo plasmado en el acta de liquidación, sobre derechos y obligaciones de que trata la ley 80 de 1993, aunque dichas salvedades no se convierten en un requisito de procedibilidad de la acción, estas si se convierten en una determinación para que en instancia judicial se le reconozcan las pretensiones al demandante.

Igualmente en Sentencia, Exp. 33612, 2017, el Consejo de Estado manifestó en ese momento que las reclamaciones o salvedades realizadas al acta de liquidación, se comparan con las pretensiones de la demanda, esto con el fin de verificar que se cumplan con los requisitos exigidos para presentar salvedades.

Por otra parte cuando se trata de liquidación unilateral del contrato estatal es obvio que el contratista no estuvo de acuerdo con lo estipulado en la liquidación, no se llegaron a acuerdos entre los derechos y obligaciones, por lo que el contratista debe acudir a la vía judicial en el cual este debe demandar la legalidad del acto administrativo de liquidación del contrato.

Así entonces el principio de la equivalencia económica, debe tenerse en cuenta desde la formulación y configuración de la etapa precontractual, es decir, desde la planeación del contrato estatal, teniendo en cuenta la coexistencia entre derechos y obligaciones que se tiene entre el estado para garantizar el cumplimiento de sus fines y el contratista para obtener su beneficio o utilidad, acordando precios acordes con las necesidades a realizar. (Consejo de Estado, sentencia, Exp. 57576, 2018).

La ley 80 de 1993 en su artículo 28, establece que en los contratos estatales se debe mantener una relaciones entre derechos y obligaciones, es decir, debe existir un equilibrio económico durante toda la ejecución del contrato, y que al presentarse una ruptura a este las partes deben tomar todas las acciones pertinentes para su restablecimiento.

lo anterior basado en que al tratarse de contratos conmutativos existe una relación de dar y recibir, el contratista presta sus servicios para que el estado cumpla sus fines, y a cambio de ello la entidad pública tiene la obligación de entregar una remuneración derivada del cumplimiento del objeto contractual, Así entonces lo que busca el contratista es que se le pague un precio o recibir una utilidad por el cumplimiento o el desarrollo del objeto contractual, precio que se establece desde la etapa de planeación del contrato, realizando un estudio juicioso del mercado, en donde se estipula un equilibrio razonable, sin embargo la utilidad es un derecho renunciable que el contratista puede desistir de ella.

Es por esto que las entidades estatales, sin bien planean desde un inicio el precio que se le pagará a los contratista, se debe tener en cuenta que si por causas ajenas a las partes, se llegare a romper el equilibrio económico del contrato, la entidad estatal está en la obligación de acuerdo a la las providencias del alto tribunal contencioso, a restablecer la ecuación

financiera, al punto de reconocer el mayor costo al contratista, dado que este tuvo una pérdida extraordinariamente grave que conllevó a la alteración de la economía contractual.

La administración pública tiene el deber de realizar una planeación adecuada del contrato, realizar los estudios necesarios, esto con el fin de evitar alteraciones posteriores durante la ejecución del contrato. Sin embargo durante la ejecución de los contratos estatales como lo manifiesta el Consejo de Estado se puede presentarse una serie de situaciones, las cuales dan lugar a que el contrato se deba adicionar o modificar sin que esto signifique un desequilibrio del contrato, sin embargo cuando las alteraciones se tornan extraordinarias y excesivamente gravosas, se procede con la aplicación del equilibrio económico del contrato basado en la teoría de la imprevisión como fundamento en el equilibrio económico del contrato.

El restablecimiento del equilibrio económico desde la teoría de la imprevisión en los contratos estatales afectados por la pandemia generada por el covid-19.

Frente a la pandemia, es importante reflexionar con base en los parámetros que se tienen para la aplicación del equilibrio económico basado en teoría de la imprevisión, en el cual por ser este un hecho extraordinario e imprevisible, y fundamentado en los requisitos que se deben tener en cuenta para dar aplicación a esta teoría, en el sentido de que deben presentarse situaciones o hechos que tornen el contrato excesivamente oneroso, y afecten de forma exageradamente grave a la economía de las partes.

Ahora bien, los contratos estatales, comenzaron su ejecución con base en las ofertas presentadas por los contratista y aceptadas por la administración pública, por lo que a la llegada de este hecho imprevisible, las condiciones iniciales del contrato cambiaron, dado

que hubo una alteración excesiva en la ecuación contractual, dificultando la ejecución del contrato, a tal punto de llevar al contratista o a una de las partes a un estado de pérdida de manera excesiva.

De igual forma, este hecho imprevisible no puede imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, esto es, que así se haga imposible su ejecución se deben cumplir con lo pactado en el contrato, por lo que la parte afectada debe demostrar que cumplió a cabalidad lo establecido en las obligaciones contractuales, que aunque las circunstancias fueron graves, la parte afectada no dejó de cumplir con el objeto contractual. (Consejo de Estado, Sentencia, Exp. 42275, 2019).

Vale de mencionar los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado para que sea procedente el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales basado en la teoría de la imprevisión: debe tratarse de contratos bilateral, conmutativos y de ejecución sucesiva, es decir debe ser entre dos o más partes, que se obtenga una relación entre dar y recibir y que perdure en el tiempo; seguidamente que se den circunstancias extraordinarias imprevisible que alteren el contrato en su etapa de ejecución, por ende que esa alteración extraordinaria de afectar de manera grave la ecuación contractual; por último y fundamental que dicha alteración a la economía del contrato no sea imputable a ninguna de las partes de la relación contractual.

De igual forma, es menester diferenciar entre la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor, frente a la teoría de la imprevisión si bien se dificulta la ejecución del contrato este se sigue cumpliendo, mientras en la fuerza mayor el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato se hace imposible, por lo que hay un incumplimiento contractual, por

un hecho imprevisible e irresistible en la que no se puede solicitar reclamación económica, en cambio en la teoría de la imprevisión a la parte afectada se le debe reconocer el mayor costo, pero quien resultó afectado ha seguido dándole cumplimiento al contrato, es decir, se obliga a ejecutar el contrato aunque se haga excesivamente onerosa, y el Estado tiene el deber de restablecer el equilibrio del contrato, por ende el Consejo de estado señala que *“sólo en la medida en que el contratista haya dado cumplimiento exacto a sus obligaciones y haya ejecutado a cabalidad el objeto contractual, estará en condiciones de reclamar por el restablecimiento del equilibrio económico del contrato”*, de igual forma manifiesta el Consejo de Estado frente a esta diferenciación que *“El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.”* Es por lo anterior entonces, que frente a los contratos afectados por la pandemia, debe aplicarse la teoría de la imprevisión basados en que la parte afectada de manera grave siguió ejecutando lo establecido en la relación contractual sin incurrir en incumplimiento. (Consejo de Estado, Sentencia, Exp. 37910, 2019).

Así entonces, en los contratos estales, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que se restablezca el equilibrio económico de estos basado en la teoría de la imprevisión, es fundamental que se cumpla con todos los requisitos establecidos y mencionados anteriormente, dentro del cual en los contratos afectados por la pandemia generada por el Covid 19, al ser un hecho que no estaba contemplado se vuelve imprevisible

establecerlo dentro de las circunstancias previsibles que se pactan por las partes y que puedan presentarse en la etapa de ejecución del contrato estatal; es por esto que si la parte afectada siguió cumpliendo el contrato aunque de manera extraordinariamente grave, en la que se presentó una ruptura en la ecuación contractual.

Dado estos parámetros, es la administración pública quien ejerce el control y vigilancia de los contratos, y por ende quien debe proceder a tomar todas las medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato estatal afectado con la ruptura.

Conclusiones

Con este artículo de investigación se logró determinar que para dar aplicación a la teoría de la imprevisión con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato, se deben cumplir cuatro requisitos los cuales consisten: primero en que el contrato debe ser bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, en segundo lugar que se den circunstancias extraordinarias durante la ejecución del contrato, en tercer momento que una de las partes termine afectado en su economía de forma grave, y por último que las circunstancias extraordinariamente graves que se llegaren a presentar no sean imputables a ninguna de las partes.

Para que sea procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato regulado por la ley 80 de 1993, la parte afectada debe presentar las solicitudes de forma oportuna demostrando de que se vio afectada de manera anormal y extraordinariamente grave la ecuación contractual, lo cual ha dificultado la ejecución del contrato estatal, sin embargo es deber de la administración pública ejercer la vigilancia y control del contrato y tomar las medidas necesarias para su restablecimiento. Igualmente, estas solicitudes de restablecimiento

deben ser presentadas antes de que se llegaren a firmar modificaciones al contrato, ya sean adiciones, ampliaciones u otrosíes, dentro de las cuales se deben realizar las salvedades, dado que al estar de acuerdo con estas, se pierde la oportunidad de que se le restablezca posteriormente la ecuación contractual.

En los contratos afectados por la pandemia generada por el Covid 19, se puede concluir que es posible la aplicación del equilibrio económico del contrato basado en la teoría de la imprevisión, con base en que la parte que haya sufrido una alteración grave en el desarrollo de la relación contractual logre demostrar que ha sufrido una pérdida excesiva y realmente grave como consecuencia de este hecho imprevisible, que a diferencia de la fuerza mayor en la que hay incumplimiento del contrato al imposibilitarse la ejecución, en la teoría de la imprevisión al presentarse igualmente hechos imprevisibles se continuó cumpliendo con las obligaciones del objeto del contrato aunque con dificultades no dejó de ejecutarse.

El restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales se puede realizar en sede administrativa previa solicitud por la parte afectada, lo que implica que no sería necesario acudir a instancia judicial, logrando adecuar la economía del contrato, el cual se fundamenta en el derecho de igualdad contractual. Al realizarse en sede administrativa el restablecimiento económico del contrato implica que se reconoce el mayor valor del contrato, evitando de igual forma demoras en la ejecución y posteriormente acudir la jurisdicción en la cual implica un costo más elevado para las partes contratantes.

Los contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993, a excepción de la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, en la etapa de liquidación bilateral se pueden presentar salvedades, las cuales si bien no son un requisito de procedibilidad, si se configura

como presupuesto para acudir a la vía judicial para reclamar el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos, en caso tal que en sede administrativa no se llegare a reconocer la ruptura de la ecuación contractual.

Referentes bibliográficos

Congreso de la Republica de Colombia. (28 de octubre de 1993) Ley por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). DO: 41.094.

Congreso de la Republica de Colombia. (16 de junio de 1971) Decreto por el cual se expide el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971). DO: 33.339.

Congreso de la Republica de Colombia. (31 de mayo de 1873) Ley por el cual se expide el Código Civil (Ley 84 de 1873). DO: 2.867.

Rodríguez, L. (2015) Derecho Administrativo General y Colombiano. 19avo ed. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Córdoba C., J. (2018). Objeción de conciencia de las personas organizacionales en Colombia. Ciencias Sociales y Educación, 7(14), 39-64. DOI: <https://doi.org/10.22395/csye.v7n14a3>.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (28 de septiembre de 2011). Sentencia, Rad. 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476). M.P: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (28 de junio de 2012). Sentencia, Radicado. 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990). M.P: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (14 de septiembre de 2017). Sentencia, Rad. 25000-23-26-000-2006-01985-01(38175). M.P: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (8 de febrero de 2017). Sentencia, Rad. 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614). M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (3 de abril de 2020). Sentencia, Rad. 25000-23-26-000-2007-00097 (48676). M.P: Alberto Montaña Plata.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (25 de octubre de 2019). Sentencia, Rad. 76001 23 31 000 2000 00031 02 (42275). M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (4 de septiembre de 2003). Sentencia, Rad. 25000-23-31-000-2001-0209-01(22952). M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (9 de junio de 2005). Sentencia, Rad. 66001-23-31-000-1995-02930-01(14291). M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (2 de septiembre de 2004). Sentencia, Rad. 73001-23-31-000-1996-4029-01(14578). M.P: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (18 de septiembre de 2003). Sentencia, Rad. 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119). M.P: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (7 de marzo de 2011). Sentencia, Rad. 25000232600019970463801(20683). M.P: Luis Antonio Rodríguez Melo.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (19 de julio de 2018). Sentencia, Rad. 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576). M.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

Palencia, Reyes, Sayago. (2019). El restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. (Trabajo de grado de Especialización en Contratación Estatal, Universidad Libre). Cúcuta, Colombia. Recuperado de

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15701/EL%20RESTABLECIMIENTO%20DEL%20EQUILIBRIO%20ECON%20MICO%20DE%20LOS%20CONTRATOS%20ESTATALES%20A%20LA%20LUZ%20DE%20LA%20JURISPRUDENCIA%20DEL%20CONSEJO%20DE%20ESTADO.pdf>

Restrepo, Osorio. (2014). Teoría de la imprevisión como causal de desequilibrio de la ecuación contractual análisis Jurisprudencial Tribunal Administrativo de Risaralda 2010-2014. (Trabajo de grado de especialización en Derecho Administrativo, Universidad libre). Pereira. Colombia. Recuperado de

[https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16876/TEOR%
c3%8dA%20DE%
20LA%20IMPREVISI%
c3%93N.pdf](https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16876/TEOR%c3%8dA%20DE%20LA%20IMPREVISI%c3%93N.pdf)

Sanabria, I.L. (2017). El “equilibrio económico” del contrato estatal como derecho no como principio. (Tesis de maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario). Bogotá. Colombia. Recuperado de

[https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/15199/TESIS%
20MAESTRIA%
20DEF%202018.pdf](https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/15199/TESIS%20MAESTRIA%20DEF%202018.pdf)

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (7 de septiembre de 2015). Sentencia, Rad. 85001-2331-000-2010-00164- 01 (43445). M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (28 de agosto de 2014). Sentencia, Rad. 85001-23-31-000-1998-00168-01(17660). M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (2 de marzo de 2020). Sentencia, Rad. 05001-23-31-000-1997-03054-01(41376).M.P: Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (23 de noviembre de 2017). Sentencia, Rad. 25000-23-26-000-1999-02431-01(36865). M.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (29 de julio de 2015). Sentencia, Rad. 66001-23-31-000-2004-01119-01(38509). M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (19 de julio de 2018). Sentencia, Rad. 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576). M.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (31 de enero de 2019). Sentencia, Rad. 250002326000200300650 01 (37910). M.P: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (4 de febrero de 2010). Sentencia, Rad. 52001-23-31-000-1996-07739-01(15400). M.P: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (29 de agosto de 2016). Sentencia, Rad. 250002326000200201996 01 (32437). M.P: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (31 de enero de 2019). Sentencia, Rad. 25000-23-26-000-2004-01933-01(38568). M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrer.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (30 de enero de 2013). Sentencia, Rad. 440012331000200000704-01(24168). M.P: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (13 de marzo de 2017). Sentencia, Rad. 85001233100019980008302(33612). M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

ⁱ Este artículo original es producto de la investigación “El equilibrio económico de los contratos estatales regidos por la ley 80, según la teoría de la imprevisión, una aplicación en el contexto de la pandemia” de la Maestría en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.

ⁱⁱ Estudiante de Maestría en Contratación Estatal, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín, Abogada de la misma Universidad, Conciliadora Extrajudicial en Derecho de la Personería de Medellín.

Correo Electrónico: yulennyrenteria@gmail.com

Para citar este artículo use: Rentería, Y. (2020). El equilibrio económico de los contratos estatales regidos por la ley 80, según la teoría de la imprevisión, una aplicación en el contexto de la pandemia